Quod Deus benè vortat!

DE

DIVISIONIBUS JURIS

DISPUTATIO PRIOR,

QUAM

SACRO-SANCTA FAVENTE TRIADE,

PRÆSIDE

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

VIRO

NOBILISSIMO, AMPLISSIMO, CONSULTISSIMO ATQUE EXCELLENTISSIMO

DN. ERNESTO FRIDERICO SCHRÖTERO, J. U. D. PROF. PUBL. CONSILIARIO SAXONICO, FACULTATIS JURIDICÆ ET SCABINATUS ASSESSORE,

PRÆCEPTORE ET PROMOTORE SUO SUMME DEVENERANDO,

PUBLICÆ DISQUISITIONI SUBJICIT

CHRISTIANUS Hickethiers/.

Raſtenburgo-Thuring.

AD DIEM FEBRUAR.

JENÆ,

Excudebat JOHANN. NISIUS.

A.R.S. clɔ Iɔc LIII.

FELICITER!

DISPUTATIO DE DIVISIONIBUS JURIS.

PRIOR.

DIVISIO I.

ABSENTIÆ ſtatuunt Dd. commun. quinque ſpecies. I. Neceſſariam & probabilem, ut cùm quis Reipubl. causâ abeſt *l. 1. in pr. ff. ex quibus cauſ. maj.* vel causâ militiæ *l. 4. d. tit.* vel causâ infirmitatis *l. 60. ff. de re jud.* Item ſi quis hyeme vel navigatione impeditus abeſt *l. 38. §. planè. ff. d. tit.* vel ab hoſtibus captus. II. Neceſſariam & non probabilem, ut in Bannitis, relegatis, & qui metu criminis commiſſi receſſerunt. III. Probabilem & non neceſſariam, ut quando aliquis ſtudiorum gratiâ, vel favore religionis abeſt, vel propter bonum publicum peregrinatur. IV. Voluntariam ſine contumacia, ut in negotiatoribus & aliis, qui ſui lucri causâ abſunt. V. Voluntariam cum contumacia, cùm legitimè citati â judice contumaciter comparere nolunt. *l. 53. ff. de re jud.* Hanc vero diviſionem defectivam eſſe ſcribit *Sfort. Oddus in tr. de in integr. reſtit. p. 1. q. 7.* propterea, quod non comprehendat abſentiam ordinariam ex cauſa domicilii, quæ tamen hinc inde in materia reſtitutionis occurrat, nec agat de abſentia Neceſſaria, quæ licet non ſit laudabilis, id eſt,

prærogativâ digna, tamen non ſit vituperabilis, ut abſentia litigii cauſa & ſimiles. Ipſe verò Sfort. Oddus hanc ſubſtituit Abſentiæ diviſionem, quod abſentia vel ſit ordinaria, quæ ratione diverſi domicilii cauſatur: vel Extraordinaria, quæ talis ſit reſpectu diſceſſus & abſentationis perſonæ accidentalis. Et hæc vel Neceſſaria, vel Voluntaria. Neceſſaria, quæ ex juſſu cauſatur principis vel legis, & eſt vel laudabilis, prærogativa', præmio & honore digna, qualis abſentia Reip. & militiæ causâ: vel vituperabilis, quæ causâ relegationis, banni, vel timore pœnæ ſuſcipitur: vel neutra, quæ nec laude vel vituperio digna, ut in captis à latronibus. Voluntaria, quæ ſponte ſuſcipitur, & itidem vel laudabilis, vel vituperabilis. Verùm nec hiſce prolixitatibus opus eſt; imò pugnat hoc cum regula bonæ diviſionis, quæ vult, quod membra ejus non debeant eſſe admodum multa, nec res in pulverem uſque minuenda, ut pulchrè docet *Clariſſimus & acutiſſimus Dn. Stbal tit. 13. reg. philoſph 5.* Rectius ergo generaliter dividitur abſentia in juſtam & injuſtam. Siquidem ſingulas cauſarum ſpecies Judex cognoſcendo examinare debet.

II. ACQUISITIO hereditatis à *Cujac. in ꝛ. ff. de acquir. vel amitt. hered.* quem ſequitur *Althuſ. lib. jurispr. 1. c. 17.* dividitur in quinque ſpecies: Nimirum in Cretionem, aditionem, proherede geſtionem, immixtionem & agnitionem. Aſt non rectè: Nam immixtio eſt ſuorum heredem non acquiſitio, ſed retentio, ut poſtea nequeant abſtinere: Agnitio non eſt diverſa ab aditione *l. 1. & 2. C. de jur. delib.* Nec quia verbum diverſum, ideò res diverſa. Ac cur non hi addunt ceu diverſos modos amplexum hereditatis, cujus ſit mentio *in l. 40. ff. de acquir.*

quir. vel amitt. hered. l. 41. ff. de bon. libert. admiſſionem *l. 6. §. 3. ff. de tit. l. 20. C. de jure delib.* (In quibus vocibus metaphora eſt ducta ab amicis, quaſi hereditas ultro ad nos veniat, & ita eam agnoſcamus, amplectemur, admittamus. Hinc Cic. *lib. 2. de invent.* De hereditate quæ pupillo venit. Et *pro Roſcio.* Ad quem mortem Roſcii divitiæ venerunt. *Terent. in Andr. act. 4. Sc. 6.* Ejus morte ea ad me lege redierunt bona) & ſuſceptionem *l. 87. de acquir. hered.* (in qua voce metaph. eſt ab oneribus, quæ in humeros recipimus, propter onera, quæ heredes ſubire dicuntur *l. 38. ff. (de tit.)* Uti hæc omnia accuratè & ſolidè, pro more ſuo docet *Donell lib. 7. com. jur. civ. c. 8.*

III. ACTA Gloſtogr. faciunt duplicia. Quædam vocant Acta Judicii, quæ ad judicii ſolennitatem pertinent. Quædam partis ſive cauſæ, quæ & probatoria dicuntur, quia ad probationem aut veri inveſtigationem pertinent, ut Teſtimonia, confeſſio & inſtrumenta. Quibus duabus ſpeciebus addit Bart. *ad l. 2. C. de edend.* tertiam, nimirum Acta ſententiæ, ſive ad litis deciſionem pertinentia. Sed non rectè, 1. Quia etſi in Actis judicialibus quædam ad probationes, quædam ad actionem ipſam, quædam ad exceptiones, quædam ad alios actus judiciales pertinentia extant, nulla tamen ratio eſt, cur alia dicantur judicii, alia litis. Cùm omnia ſint & litis & judicii acta. 2. Si de actorũ fide quæratur, omnium Actorum, quæ tam ſunt de Probationibus, quàm de aliis geſtibus judicialibus, eadem eſt fides. Neque alius eſt Actorum, ſi vera ſunt, effectus, quàm fides. 3. Gloſſogr. illi verbum Actorum perperam & inſcitè accipiunt, nõ tantum de monumentis publicis, ſed etiam de ipſis actibus judicialibus, ut eſt editio, in jus vocatio &c. Cùm acta

in jure ſint tantùm ipſa monumenta ſeu commentarii publici.

IV. ACTIONES dividunt Dd. quos ſequitur *Zaſius de action. in princ. n. 9.* in Nativas & Dativas. Ita ut Nativæ ſint, quæ habent præexiſtentem materiam, ex qua naſcuntur, & quidem talem, quæ ſufficiens eſt ad producendum perfectè actionem. Dativæ verò, quæ vel planè nullam, vel aliquam quidem, ſed non ſufficientem per ſe ad producendam actionem habent materiam, & idcircò indigent auxilio quodam, nempe legis peculiaris, conſtit. princip. Prætoris. Verùm ineptiſſima & teſte *Fulgoſio* conficta diviſio. Quaſi verò non etiam quæ ex pacto legitimo actio competit naſci dicatur, *vid. l. 6. ff. de pact.* quaſi jus non producat omnem omninò actionem *l. 2. §. deinde ff. de O. J.* Unde rectè ſcribit *Oldendorp. claſſ. 1. act. 9.* Nulla prorſus eſt actio, quæ ſic detur per authoritatem, ut non ſubſit aliqua obligatio, velut immediata cauſa unde naſcatur. Quis enim rectè agat, cui nihil debetur? Cui autem poteſt aliquid deberi, ſi non habeat ex legitima cauſa obligatum Reum.

V. ÆQUITATEM I. partiuntur non tantùm veteres Dd. ſed etiam Neotericorum quidam in Scriptam, quæ jure ſcripto definita eſt: Et non ſcriptam, quæ juris ſcripti præceptis non continetur. Verùm haud rectè. Neque enim æquitas eſt pars juris ſcripti, neque portio juris non ſcripti. Non juris ſcripti: Æquitas enim illud interpretatur, corrigit, emendat, lenit, exaſperat, ſicut ratio conformitatis expoſcit. Et ut *Ariſt. libr. 1. Eth. c. 13.* loquitur, eſt legis Scriptæ ſupplementum, & id, quod præter legem ſcriptam juſtum eſt. Nec ſola ſcriptura tanquam merum accidens ſtatim ex æquitate jus

ſcriptum

ſcriptum conſtituit. Imò quando ſcripta, non amplius eſt æquitas h. e. non amplius habet vim illam correctoriam, ſed eſt lex ſcripta, quàm deinde caſu emergente æquitas vel lenit, vel aſperat, non quod ſit iniqua, quo tendit diſſentientium dilemma, ſed quod ſit generalis & propter generalitatem peccato non careat *Ariſt. d. l. 5. Eth. c. 10.* Semper enim æquitas in legem converſa, novæ æquitati initium præbet atque occaſionem. Nec eſt pars juris non ſcripti, cùm tacitâ populi conventione ſenſim & factis illud introducatur, ac ex ea æſtimetur *l. 32. ff. de LL.* quod de æquitate nemo prædicare poteſt. Rectius ergo ſtatuimus æquitatem conſiderari formaliter & materialiter. Illo modo & propriè nulla eſt vel eſſe poteſt ſcripta: hoc modo quædam ſcripta eſt, propriè tamē illa non eſt æquitas, ſed lex in æquitate vel jure naturali fundata. 2. Æquitatem dividit *Obrecht. diſp. 1. th. 20. & ſeqq.* in Naturalem & Civilem per *l. 1. §. 1. ff. ſi is qui teſt. lib. eſſ. juſſ.* ſed ſine ratione. Quia in *d. §. 1.* & aliis LL. æquitas ſignificat rationem & jus ipſum, ac dicitur æquitas naturalis non oppoſitivè ad civilem, ſed explicativè, quia omnis æquitas naturalis eſt in ſe & ſua eſſentia.

VI. ALIENATIO à *Bald. in Auth. hoc jus C. de SS. Eccl.* quem ſequitur *Simoncell. de decret. in contr. minor. adhib. lib. 1. tit. 1. n. 13.* dividitur in quatuor ſpecies: in propriiſſimam, quæ fit in venditione, donatione & ſimilibus. Propriam, ut, quando utile dominium transfertur, id quod fit in feudo & emphyteuſi. Impropriam, ut quando non aliquod dominium, ſed ſolum uſusfructus transfertur: Et impropriiſſimam, ut quando ſolum jus pignoris transfertur. Non rectè. Nam iſtis exemplis

alienationis definitio ex æquo competit, ubi traditio rei intervenit. Alienatio enim nihil aliud eſt, quàm actus, quo dominium vel aliud jus in re transfertur *l. 1. Cod. de feud. dot.*

VII. APOSTOLI à *Dd. comm.* dividuntur in ſex ſpecies: Dimiſſorios, Reverentiales, Refutatorios, Reſtitutorios, Teſtimoniales & Conventionales. Sed 1. Nulla videtur eſſe differentia inter Apoſtolos dimiſſorios & reverentiales. Nam & dimiſſorii reverentiam non excludunt: Uti nec dimiſſionem reverentiales. 2. Reſtitutorii à natura apoſtolorum omninò recedunt, teſte *Specul. libr. 4. de apoſt.* neque tam ſuper appellationis negotio. quàm ſententiæ reformatione, non tam ad inſtruendum judicem, quàm ad reſtituendam partem redduntur. 3. Non dantur conventionales. Quis enim reperietur tàm ſtultus, qui hoc velit vel faciat, id eſt, concedat appellationem contra ſe introduci, quaſi gladium porrigens, quo ſuum jugulum petatur? vid. *Gipb. de ord. jud. tr. 2. c. 7. q. 60.*

VIII. APPELLATIONEM diſpeſcit *Weſenb. in pr. tit. de appell. n. 6.* & *Gail. lib. 1. obſerv. 120.* in Judicialem & Extrajudicialem. Illa, inquiunt, eſt, quæ interponitur à ſententia judicialiter pronunciata. Hæc verò ab actibus vel decretis extrajudicialibus. Sed ut mihi videtur non rectè. Nam 1. Omnis appellatio fit à ſententia *l. 1. in pr. in verb. benè latas ſententias. &* §. *4. ibi & à qua ſententia. l. 5. in pr. & paſſim in tit. ff. de appellat.* 2. Ubi nulli ſunt apoſtoli, ſeu libelli dimiſſorii (quorum ſenſus ſec. *l. unic.* §. *1. ff. de lib. dimiſſ.* eſt hic: Appellàſſe Lucium Titium à ſententia, quæ inter ipſum & ejus adverſarium lata eſt) ibi regulariter nulla eſſe poteſt appellatio. Atqui quando

quando nulla ſententia lata eſt, non poſſunt eſſe vel darĩ apoſtoli. Ergo. Ratio conſeq. eſt, quia apoſtoli ſunt pars appellationis integralis, ut pluribus oſtendit *Maranl. part. 6. tit. de appell. n. 417.* Imò forma appellationis, ut docet ſummus juris Sax. Practicus *Berlichius part. 1. concluſ. 50. n. 113.* Minor verò probatur exinde, quoniam apoſtoli petuntur & dantur à judice, à quo ſententia lata eſt. *d. l. unic. §. fin. ff. de lib. dimiſſ.* 3. Quia ab executore ſententiæ non appellatur *l. 4. in pr. ff. de appell.*

IX. CESSIO dividitur à Dd. in Fictam, quæ illis eſt ea, quæ fit ſine hominis facto, ex ſola legis mente ipſo jure: & Factam, quæ ex voluntate factoq; hominis proficiſcitur. Illius Gl. *ad l. 18. ad verb. utilibus. Cod. de legat.* ſex recenſet ſpecies ſeu caſus, in quibus accidat. 1. In legato nominis. 2. In datione nominis in ſolutum. 3. In nomine vendito. 4. In hereditate vendita. 5. In nomine dato in dotem. 6. In data actione pignori. Verùm non ſine abſurditate ut eleganter oſtendit *Dn. Quirinus* Schacher *Theoretic. & Practic. eximius in diſp. 1. de ceſſ. Act.* Nos cum eo unum vel alterum tantum perluſtrabimus caſum. Et quidem 1. Legatum nominis quod attinet, agit quidem de eo à Gl. *alleg. l. 18.* ſed ſi cum *l. 44. §. 5. & 6. de legat. 1. & l. 76. §. 1. de legat. 3.* conjungitur, apparet quod nominis legatum non ſit nec eſſe poſſit ſpecies ceſſionis fictæ. Nam in allegat. jam textt. expreſsè dicitur, heredem legatario nomen debere & cogi cedere adverſus debitorem. Cur autem neceſſitatem præſtandi nomen lex imponeret heredi, cùm tamen ſecundùm Gl. mentem in legatarium ipſo jure tranſiiſſet? Idem quoque quoad ſecundùm caſum, quem eruunt ex *l. fin. C. qu. fiſc. vel privat. ſui det.* dicendum. Nam conſulti fuerunt

Impp.

Impp. à Nanida, cui nomen cujusdam debitoris ceſſum erat in ſolutum, ſuper hoc caſu : Num vigore ceſſionis & dationis in ſolutum Nanidæ ceſſæ fuerint actiones? Quis autem non videt, verbum dare facti eſſe, & hominis factum inferre ? Venditionem 3. nominis & hereditatis quod attinet, nec illæ factum hominis excludunt. Quid enim aliud eſt vendere nomen, quàm nomen titulo venditionis cedendo in alium derivare ? Niſi nudum pactum de cedendo aut vēdendo nomine pro ipſa ceſſione vel venditione habere velint. vid. *l. 17. ff. de fidei. l. 23. ff. de hered. vend.* Imò eo ipſo, quo nomen venditur, etiam ceditur *l. 5.* §. *2. ff. quib. mod. pign.* Verba namque cum effectu ſunt intelligenda, & nulla ceſſio valida eſt ſine titulo, ſicuti nulla traditio in rebus corporalibus ſine titulo efficax. Nec quicquam patrocinatur *Diſſ. l. 5. C. de hered. inſtit. & l. 16. ff. de pact.* Nam quantum ad primam, quæritur tantum in illa, num emtor hereditatis eodem jure uti debeat adverſus debitores hereditarios, quo uſus fuiſſet venditor. Ita enim ſonant verba legis : Emptor hereditatis mandatis actionibus eo jure uti debet, quo is cujus perſona fungitur : quamvis utiles etiam adverſus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuit. Quid verò magis poſſit facere contra Diſſ. quàm verba hujus legis : mandatis actionibus? hæc ſanè non inferunt ceſſionem ipſo jure fieri, ſed potius ceſſionem ab homine factam expreſsè præſupponunt. Ex 1. lege verò 16. Diſſ. ita colligunt : Si ex reſcripto Divi Pii emptoribus hereditatis datæ ſunt actiones utiles, utique non ex facto hominis. Rationem conſeq. hanc dant ; quia proviſio legis tollit proviſionem hominis, per jura vulg. Verùm ſciendum eſt, legem non

ſem-

ſemper excludere factum hominis. Sic compenſatio vi legis tollit debitum, & tamen factum hominis ſeu oppoſitionem non reſpuit. Sic etiam ſe res habet cum quinta ſpecie, nempe datione in dotem, de qua agitur *in l. 2. ff. de O. & A.* Quid enim aliud verba initialia illius legis (nominibus in dotem datis) volunt, quàm quod ceſſio fuerit facta ab uxore titulo dationis in dotem. Quid aliud eſt dare nomina, quàm cedere? Poteſtnè nominis datio in dotem fieri ſine ceſſione & facto hominis? Vix eſt, ut credamus eam ita evenire poſſe. Progrediendum nunc eſſet ad reliquas Gl. ſpecies, aſt ne actum agamus, ad prælaudatum Dn. Schachern lectorem haud inviti remittimus.

X. COMPENSATIO à quodam ex Neotericis dividitur in Neceſſariam & Voluntariam. Illam putat eſſe, quæ fit actore non volente, & eſt quantitatum. Hanc verò eam, quæ fit actore volente, & eſt non quantitatū. Verum poſterior ſpecies propriè non eſt compenſatio, ut patet ex *l. 2. §. 2. l. 6. ff. de R. C. l. 18. pr. ff. de pign. act. l. 5. in pr. ff. de impenſ. in rem. dot. fact. l. 4. C. de comp.* Et ipſe dividens ſcribit paulò poſt, nullam eſſe compenſationem ſpeciei cum ſpecie, ut & ſpeciei cum genere aut quantitate, & contra. Nec obſtat, quod & in actionibus in rem compenſatio admittatur *§. 30. Inſt. de act.* Reſp. enim ſi vocabulum compenſationis in latiori accipitur ſignificatu, & quoad effectum retentionis, etiam in actionibus realibus locum invenit. Non verò quatenus in iis petuntur ſpecies, & vocabulum compenſationis in proprio ſumitur ſenſu. *Vid. Magnific. & Nob. Dn. Frantzke JCtus ille famigeratiſſimus in com. ad π. tit. de comp. n. 19.*

XI. CONDITIO IMPOSSIBILIS ſecundùm Dd. comm.

quadruplex eſt 1. Impoſſibilis naturâ, ut ſi cœlum digito tetigeris. 2. Impoſſibilis lege, quæ in ſpecie vocatur turpis, & quam lex, aut SCtum, aut Princeps improbat. 3. Implicans, ut ſi ita ſcriptum ſit: Si Titius heres fuerit, Sejus heres eſto; Si Sejus heres fuerit, Titius heres eſto. 4. Impoſſibilis ex facto & ob eventus per magnam difficultatem, licet ei nec natura nec lex obſiſtat. Sed duæ poſteriores propriè non ſunt ſpecies conditionis impoſſibilis. Quodcunq; enim vel per naturam vel per legem fieri poteſt, quamvis difficulter, illud non eſt impoſſibile. Et toto cœlo differunt inter ſe difficile & impoſſibile. Unde hæc diviſio non eſt generis in ſpecies, ſed æquivoci in ſua æquivocata.

XII. CREDITORES privilegiatos *Bachov. in not. ad Weſenb. tit. de priv. cred.* dicit eſſe duplices, qui ſcilicet vel habent privilegium reale h. e. hypothecam; vel perſonale, quod in ſpecie ſolet dici privilegium. Verum non rectè. Nam privilegium quoad concurſum creditorum eſt, quod ab ipſa lege creditori præter jus crediti, quod habet, conceditur, ita ut is propterea jus prælationis habeat inter cæteros creditores. At qui hypothecam ſibi conſtituit, ptoprio facto eam habet. Ergo non habet privilegium. Nec obſtat, quod quandoq; lege tribuatur pignus. Nam & hoc propriè & verè dicitur hypotheca, non privilegium, quia illa vel mediatè vel immediatè acquiritur. Sic etiam uſusfructus qui à lege pendet legitimus dici poteſt, non verò privilegium, niſi impropriè & abuſivè.

XIII. CULPAM dividit *Bart. in l. 32. ff. depoſit.* in quinque ſpecies, nimirum in Latiſſimam, Latiorem, Latam, Levem & Leviſſimam. Quarum prima ipſi eſt vetus

rus

rus dolus. Secunda dolus præſumtus, reliquæ verò tres ſub culpâ preſsè ſumtâ continentur. Alii diſpeſcunt culpam in tres ſpecies, videlicet latam, levem & leviſſimam. Sed utriq; non rectè. Nam 1. Nullus datur dolus præſumtus, ut infrà demonſtrabimus; & confunditur dolus cum culpâ, quæ tamen inter ſe longè differunt. Deinde plus & minus non faciunt diverſas ſpecies, ut Philoſophorum receptiſſimus canon docet, & patet hoc ex *l. fin. ff. de inſtruct. & inſtrum. leg. l. 11. in pr. ff. qmd. ſerv. amit.* Hinc etiam eſt, quod JCtus ait *in l. 75. §. 2. ff. de V. O.* id quod optimum eſt, ipſum quoq; bonum eſſe, cum bonum ab optimo gradu tantum diſtet; quod non procederet, ſi ſpecie eſſet diſtinctum.

XIV. DECOCTORES à *Dan. Saut. in tr.* von der *Practica* der Banckrottierer. *c. 3.* dividuntur in eos, qui vitio fortunæ, & eos, qui ſuâ culpâ decoctores facti ſunt. Sed dantur etiam decoctores tales, qui partim fortunæ, partim ſuo vitio, tales facti ſunt, e. g. Quidam eſt mercator, qui amplas ſuſcipit negotiationes, & plus, quàm in facultatibus habet in cõtrahendo promittit, & merces vel pecuniam mutuo ſumit, ſperans ita ſe lucraturum fore, ut non ſolùm ſuo creditori, à quo merces mutuo accepit, ſatisfaciat, ſed & lucrum inde percipiat: Completo contractu merces accipit, & forſitã propter caſum quendam fortuitum, vel ob alias cauſas eas perdit, nec iſto valore, quo easdem comparavit, vendit; hoc ſanè in caſu primò vitium ipſius apparet ex hoc, quod ſeſe mercator ad plura obligavit quàm in ſua ſubſtantia & facultatibus habuit; quia verò ipſius animus, intentio ac propoſitum fuit, ut creditori ſuo ſatisfaceret, & propter adverſam fortunam ac infelicitatem merces perditæ, id fortunæ

vitio adſcribitur. Add. *l. 10. ff. qui & à quib. man. lic. & ea quæ tradit Juſt. Mejer. in Colleg. Argent. lib. 42. tit. 1. th. 102.*

XV. DEPOSITUM Dd. commun. quos ſequitur *Gædd. in tr. de ſequeſtr. n. 11. & Bach. ad Tr. vol. 1. diſpat. 26. th. 4. lit. D.* dividunt in ſimplex & ſequeſtrum. Sed qualis hæc diviſio? In bona diviſione debent eſſe ſpecies oppoſitæ, quæ tamen in genere conveniunt: Quomodo autem hîc poteſt ſimplici opponi ſequeſtrum, niſi forte ex hac ratione, quod ſimplex depoſitum ſit rerum mobilium; Sequeſtrum verò rerum etiam immobilium. Sed hoc præſupponit etiam res immobiles poſſe deponi, id quod tamen falſiſſimum. Nam propriè depoſitum nō eſt niſi rerum mobilium, propter *l. 1. in pr. ff. depoſ. junct. pr. Inſt. de uſucap. & l. 31. pr. ff. de act. emt. l. 7. in fin. ff. qui ſatisd. cog.* Nec quicquam important arg. *Diſſent. Gædd.* Ita autem argumentatur: Quarum rerum datur cuſtodia, earum etiam datur depoſitum. Atqui rerum immobilium datur cuſtodia, ut patet ex *l. 5. §. cuſtodiam. ff. commod. l. 2. §. 1. l. 3. l. 11. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Ergo etiam rerum immobilium datur depoſitum. Reſpondemus ad majorem 1. Negando conſequentiam. 2. Limitando eam. Quarum rerum datur propriè ſic dicta cuſtodia, earum quoque datur depoſitum. Atqui ſic limitata majore propoſitione negamus minorem. Nam res immobiles propriè non cuſtodiuntur; à nemine enim aufferri poſſunt *d. pr. Inſtit. de uſucap.* ſed potius curantur, ut ipſe Diſſ. Bach. fatetur, in verbis: quod attinet &c. Hic autem ſic porro ratiocinatur: Res immobilis poteſt commodato dari: Ergo etiam deponi. Sed quis magnam eſſe diverſitatem inter commodatum & depoſitum, nō videt. Sunt enim diverſiſſimæ contractus ſpe-

ſpecies, quod apud omnes in confeſſo. Ergo non licet ab una ad alteram argumentari. 2. dicit Bach. quod qualitas rei non diſtinguat contractus. Imò qualitas eſſentialis diverſitatem inter contractus facit. 3. Regerit idem, ſi poteſt pactum uſurarium depoſito adjici, utiq; rei immobilis poterit eſſe depoſitum. Sed conſequentiam itidem non video.

XVI. Dolus 1. diſpeſcitur à Dd. in Verum & Præſumtum, *Br. in l. quod Nero ff. de poſit. & in l. dolum C. de dolo, Menoch. lib. 5. præſumpt. 3. n. 5. Coraſ. 4. miſc. 1.* Verus illis eſt, qui manifeſtis indiciis probatur: Præſumtus, qui indiciis non multum claris & manifeſtis detegitur. Verùm rectè hanc diviſionem improbat *Petr. Rebuffus in l. læta culpa, ff. de V. S. & Bocer. in l. contractus. de R. J. c. 13. n. 7. & Ant. Matth. diſp. 13. de fundam. jur. alit. jac.* Quemadmodum enim dives dici non poteſt, qui præſumitur eſſe dives, & verè doctus, qui præſumitur eſſe doctus, ita & dolus non eſt, qui præſumitur. Deinde ſi dolus perſpicuis indiciis eſt probandus, utique non datur præſumtus. Atqui verum prius. Eſt enim dolus facti. Facta autem probari debent, per vulgata. Ergo & poſterius. 2. Ubi non eſt locus translationi oneris probandi in adverſarium, ibi nec præſumtioni; quia hic eſt præſumtionis effectus. Atqui qui dolum allegat, perſpicuè illum probare debet, & ſic non eſt locus translationi oneris probandi in adverſarium: Ergò omninò obſtabit quominus præſumtus dolus admitti poſſit. II. dividitur Dolus à quibusdam in ſimplicem, id eſt, qui ſine conſilio & proæreſi eſt: deliberatum, id eſt, cum proæreſi: & Inſidioſum vel proditorium, nempe ſpecie amicitiæ commiſſum. Sed itidem non benè. 1. Quia nullus dolus eſt ſine

proæreſi, 2. Quia in omni dolo malo, inſidiæ latent, 3. Quia proditorius ille dolus vel maximè & cum proæreſi & inſidiis eſt conjunctus.

XVII. DOMINIUM dividunt Dd. quos ſequitur Bach. 1. In Rei & Juris. Sed hæc diviſio juri noſtro non eſt conformis. Nam 1. Ubi propriè ſic dicta non competit vindicatio, ibi nec verum dominium. Atqui pro rebus incorporalibus vel juribus propriè non competit vindicatio. Ergo. Major poteſt probari ex *l.23.ff.de Rei vind.* Minor verò ex *l. 56.ff.eod. tit.* Imò jus non habet materiam aptam ad recipiendam formam dominii, ejusq; effectum inſigniorem, qui eſt rei vindicatio in ſpecie ſic dicta §. *1. Inſt. de act.* participandum. *l.4.pr. ff.com. div. d.l.56.§.41. Inſt.de rer. div.* Tùm quod originaliter dominium cœperit ex naturali poſſeſſione *l. 1. §.1.ff.de acquir.vel amitt.poſſ.* quæ nequit fieri ſine apprehenſione corporis: Tùm, quod ipſa corpora naturalia primò, præcipuè & principaliter ſic haberi queant, ut ſint in arbitrio poſſidentis, & ipſorum proprietas penes aliquem ſit vel non ſit, ut ait *Ariſt. 1.Eth.5.* utpote ſui natura ad varias utilitates comparatorum. Contra verò res incorporales, ut jura, ſaltem ſunt qualitates, quas circa corpora naturalia ſeu res corporales leges produxerunt, in corporis accidentibus tantum conſiſtentia, adeoque ſubſtantiam ipſam minimè afficientia.

II. Dividunt Dominium in Proprietatis & Poſſeſſionis. Verum poſſeſſionis dominium cum *Joh.Robert. lib. 3.animadv.cap.9.* nuſpiam comperio. Nam ſive ad eorum dominium, qui ex Prætoris edicto bonorum poſſeſſionem acceperunt, id referas, non rectè eos ſimpliciter poſſeſſionis dominos factos dixeris, cùm in omnibus

bus eos vice heredum eſſe, & tantundem bonorum poſſeſſoriâ hereditatis petitione conſequi lex voluerit, quantum civilibus actionibus heredes *l. 2. ff. de bon. poſſ. & l. ult. ff. de poſſ. hered. pet.* ac per conſequens & proprietatem hereditariarum rerum, non autem ſimpliciter poſſeſſionem. Sive ad alios poſſeſſores; Nam licet iſti fructus quos percipiunt, ſuos faciant, imò etiam plus juris in percipiendis fructibus habere dicantur, quàm uſufructuarii *l. qui ſcit. 25. verſ. præterea. ff. de uſur.* non tamen jus ullum habent in corpore, cujus juris, ratione fructus, quaſi domini ſint, percipiant & ſuos faciant, aut aliter re utantur, utut quidem & uſusfructus & ſuperficiei ac ſervitutis realis jura habentes, jus in corpore & ejus juris ratione dominationem aliquam habere, probat *l. 2. ff. de uſufr. l. 1. ff. ſi ag. vect. l. 1. §. qui ſuperficiem. ff. de ſuperf. l. via. §. ſi fundus. & l. ſi communi. & l. tria. & l. cùm eſſent, in fin. ff. de ſerv. ruſt. præd.*

III. Grotius *de jur. pac. & bell. lib. 1. c. 1. n. 4.* dividit dominiũ in proprietatis, ſeu rei, & obligationis. Verum quid aliud eſt fingere dominium obligationis, quàm hoc modo duo maximè diſtincta & inter ſe oppoſita dominium & obligationem, ac utriusq; acquirendi modos, contra receptiſſimum in jure noſtro uſum, confundere? Sicuti enim qui rem noſtram poſſidet, nullo modo obligatus dicitur §. *1. Inſt. de act.* ita nec ex adverſo dominium quicquam cum obligatione commune habet. Et aliàs commiſsâ ejusmodi confuſione, actiones perſonales & in rem inter ſe commutare, & illas ad dominium, has ad obligationes transferre liceret. *Clariſſ. Dn. Hahn. in eleganti diſſ. de jur. rer. concl. 39.*

XVIII. Emtionem Venditionem dividit Quidam

dam in Naturalem, Artificialem & Negotiatoriam ſeu mercatoriam. Ita ut naturalis ſit illa, qua ab unoquoq; emuntur ad familiæ ſuſtentationē neceſſaria, ſuperflua venduntur. Artificialis verò, quâ per induſtriam commutatum venditur. Negotiatoria, quâ res emitur, ut integra & non mutata carius cum lucro vendatur. Verum non video quare artificialis non poſſit vocari naturalis; ſiquidem naturæ non repugnat per induſtriam commutatum vendere, ut utpotè lanam emere ad pannum exinde confectum vendendum. Et eſt hæc diviſio manifeſtò ex accidenti ſingulari. Imò ſi diverſitas finis diverſas faceret ſpecies, certè in plures adhuc poſſet emtio & venditio diſpeſci.

XIX. EXCEPTIONES à Dd. quos ſequitur *Zaſius in l. 1. de except. n. 11.* diſpeſcuntur, in Juris, Facti & Meræ negationis. Juris putant eſſe eam, quæ aliquem ipſo jure liberat. Facti, quæ in facto conſiſtit. Meræ negationis verò, quæ per nudam perficitur negationem. Sed non rectè. Nam 1. Aliud eſt aliquem ipſo jure liberare, aliud per exceptionē *l. qui Servum. §. 1. ff. de O. & A.* 2. Exceptio facti propriè non eſt exceptio. Excipere enim eſt excludere actionem, quod non facit exceptio facti, per quam negatur actio eſſe, quâ ceſſante exceptio eſſe non poteſt; quoniam eſt inſtar privationis, quæ habitum præſupponit. 3. Exceptiones in factum quidem in jure reperiuntur, ſed non exceptiones facti. vid. *Ilico Ummius diſput. 8. theſ. 1. num. 4. & Zaſ. in com. ad π. tit. de except. num. 4.*

XX. FEUDUM VETUS à quibusdam dividitur in Paternum, quod quis obtinet à patre, avo, proavo vel abavo: & Antiquum, quod acquiſitum eſt ab aliquo majorum,

rum, qui eſt ultra abavum. Et fundamentum quærunt *in §. 1. 1. feud. 8.* Verum haud feliciter. Licet enim ratione delationis diverſis poſſit appellari feudum vetus nominibus e. g. paternum, avitum, antiquum, non tamen allata feudi paterni deſcriptio congruere videtur (1.) Juri feudali, cùm nullibi feudum paternum antiquo (cujus appellaio planè non occurrit in libris feudorum, ut rectè obſervavit *Nob. Dn Struv. in diſp. feud. 2. th. 2.*) vel illi quod à ſuperioribus ultra abavum deſcendit opponatur. Imò dicitur in *2. feud. 50.* quod usque in infinitum feudum vocetur paternum. *add. 1. feud. 14. §. ult.* 2. Non convenit ipſius vocabuli ſignificationi. Aut enim ſumitur vox paternum latè aut ſtrictè. Si latè accipitur, non tantum ad abavum usque extenditur, ſed etiam ad atavum, tritavum & alios ulteriori gradu majores arg. *l. 51. de V. S. 2. feud. 11.* Sin ſtrictè, notabit ſolùm id feudum, quod à patre in filium deſcendit *arg. l. 201. de V. S.* Nec obſtat *d. § 1. 1. feud. 8.* Proponitur enim ibi jus antiquum & ratio ejus refertur, id verò cum ratione rejicitur & corrigitur non ſolum *in §. ſeq.* ſed etiam ulterius *in 2. feud. 50.*

XXI. FICTIONEM faciunt Dd. duplicem aliam Legis, aliam Hominis: Et hanc ſubdividunt in eam, quæ ad malum (ut ſi quis aliud agat, aliud ſimulet *l. 3. § pen. ff. ad SCt Maced. l. ſi ex precio. 6. ſi cert. pet.*) & eam, quæ ad bonum tendit, (ut ſimulatio Salomonis de infante dividendo) Quin etiam Sebaſt. Medices Fictionem velut ſecat ac diducit in omnes Categorias. Sed utriq; magno cum errore. 1. enim omnis Fictio eſt hominis; Lex jubet, aut vetat, aut permittit. *l. 7. de LL.* ubi inter Legis virtutes non refertur fictio. Jurisconſultus fictionibus

ad juris rationem & regulas conſervandas uti interdum ſolet. Quod autem dicitur Fictio L. Corn. non ita accipiendum, quaſi ipſa Lex fingat, ſed quod Juriſconſulti huic legi interpretandæ eam fictionem adhibeant. 2. Illæ fictiones ad malum & bonum, ut illi vocant, non ſolent in jure dici Fictiones, ſed dolus malus, interdum & mendacium & dolus bonus.

XXII. Interesse diſpeſcunt Dd. in commune, quod ex utilitate & affectione hominum communi æſtimatur. Singulare quod ex utilitate & affectione privata æſtimatur. Et Conventum, quod eſt pecunia illa, ſeu pœna, quæ in obligationibus faciendi, pro eo quod intereſt, ſi factum non ſit, quod fieri debuit, promiſſa eſt. Quæ diviſio neſcio cum Donello utrum per ſe magis falſa ſit, vel abſurda potius, an in re, de qua agitur, magis ſtulta, & inutilis. Primò enim ejus quod intereſt unū eſt genus, ſive rem ſpectes, ſive ejus æſtimationem. Re unum eſſe ex eo intelligitur, quod qui id quod intereſt petit, non aliud petit, quàm quod ſuâ intereſt, quàm quod abeſt ſibi. Si æſtimationem quærimus, id quod intereſt tanti ubiq; æſtimatur, quanti revera eſt, id eſt, quanti eſt communi hominum computatione & æſtimatione, non privati alicujus judicio aut effectu. Unde dicitur *in l. unic. C. de ſent: quæ pro eo quod intereſt*: Quod reverà inducitur damnum, hoc reddatur. Deinde id, quod intereſt, & pœna promiſſa longè differunt; pœna enim etiam tunc petitur, cùm nihil intereſt *l. ſtipulatio. 38. §. alteri. 17. ff. de Verb. Obl.* Et quamvis pœnâ conſtitutâ aliquid ſtipulatoris interſit, non ideò tamen pœna exigitur, quia noſtra intereſt, ſed quia promiſſa eſt, remotâ omni quæſtione an interſit *d. l. 38. §. 17.* Imò pœna certa eſt, quia certa

quan-

quantitas & conditio ſtipulationis; ejus verò quod intereſt, quantitas incerta eſſe dicitur §. *ult. Inſt. de V.O.* Objiciunt quidem Diſſ. aliquot textus, in quibus id quod intereſt, ex affectione æſtimatur, nimirum *l. cum ſervus extero. 54. ff. mand. l. ſi in emptionem. 35. ff. de min. l. libertus. 36. ff. de bon. libert. l. ſervus ea lege. 7. ff. de ſerv. export.* Verum reſpondetur, hoc tantum illis textibus effici, ut propter affectionem cujusque, ſive quod rem judicio ſuo & affectu pluris æſtimet, detur illi actio, quâ remotâ affectionis cauſa vel nulla vel inutilis futura eſſet, quod non negamus: non item, ut quanti ex affectu ſua intereſſe putat, id illi præſtetur. Niſi fortè ſicubi in litem juretur, quod actor non propter affectionem ſuam conſequitur, ſed propter adverſarii contumaciam *l. 1. ff. de in lit. jur.*] Vid. *l. 33. ff. ad L. Aquil. l. ult. §. 2. ff. de oper. ſerv. l. 63. ff. ad L. Falcid.*

XXIII. INTERDICTA Baldus putat eſſe vel Adipiſcendæ, vel Recuperandæ, vel Retinendæ, vel Conſervandæ poſſeſſionis. Tria priora ſtare poſſunt, ultimum eſt abſurdiſſimum. Non enim differt ſpecie ab interdicto retinendæ poſſeſſionis *arg. l. 72. ff. de proc.* Qui enim ſuam poſſeſſionem conſervat, ille etiam retinet eam. Et è contra, ſi quis vincat interdicto poſſeſſorio retinendæ, nonne rectè per ſententiam in eodem latam poſſeſſionem confirmâſſe dicetur? utique. Neque etiam Imp. & JCti quartam conſervandæ poſſeſſionis ſpeciem agnoverunt *arg. §. 2. Inſt. de interd.* Nec ullius momenti eſt, quod Baldus *arg. l. 3. §. 13. ff. de Carb. Edict.* concludit; Quod enim ex edicto Carboniano Prætores impuberem poſſeſſionem conſtituere h. e. ut Gothof. interpretatur, miſſum in poſſeſſionem tueri, adeoq; illorum poſſeſſionem

nem

nem confirmari ſtudent, illud eò non pertinet, quaſi quartam interdictorum ſpeciem introducant, ſed quod eo impuberum poſſeſſionem confirment, ita ut eam retinere poſſint, & ſic ex hoc edicto fluit vel interdictum retinendæ poſſeſſionis, vel ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus *arg. l. 1. §. 1. ff. de nov. oper. nunc.*

XXIV. JUDICIUM I. Quidam etiam recentiorum partiuntur in Civile, Criminale & Mixtum. Civile dicunt eſſe in quo de debito vel pœnâ pecuniariâ agitur. Criminale verò in quo de pœnâ corporali infligendâ diſceptatur. Mixtum denique, quod de utroq; participat. Verùm in Jure Actionem quidem criminalem & cauſam criminalem reperies. Judicium Criminale non facilè. Nec ſequitur, hic de crimine vindicando agitur; Ergo eſt criminale judicium. Poteſt enim de crimine etiam civiliter agi, e. g. Actio injuriarum criminaliter inſtituta non facit ideò criminale judiciũ. Replicant quidem Diſſ. tunc demum dici judicium criminale, quando pro crimine imponitur pœna corporis afflictiva. Quandò verò imponitur pœna pecuniaria, cauſa dicitur civilis. Sed nec hoc ſimpliciter verum. In publicis enim judiciis plerumq; imponitur pœna pecuniaria, ut videre eſt ex §. 1. *Inſt. de publ. jud.* Et tamen certum eſt publica judicia eſſe criminalia. *l. 1. C. qu. civ. act. crim. praj. vid. Clar. recept. ſent. lib. 5. qu. 1. nu. 1.* Mixtum quod attinet cum eodem Claro abſurdum eſſe puto, judicium partim eſſe criminale partim civile, ſiquidem qualitates utriusq; judicii adeò diverſæ ſunt, ut idem ſubjectum non facilè occupare videantur. Quapropter cum *Weſenb. in comm ad tit. C. de judic. n. 104.* cenſeo de toto judicandum eſſe, ſecundùm ejus digniorem partem.

II. Dividunt Judicium in Reſcindens & Reſciſſorium. Illud putant eſſe, cùm judex uſucapionem vel alterius generis læſionem reſcindendo reſtituit læſum in integrum, atque ita impedimentum tollit agendi. Reſciſſorium verò judicium definiunt actionem, quæ competit conceſſa reſtitutione, reſciſſoq; uſucapionis obſtaculo, ad ipſam rem vindicandam, quæ uſucapta erat. Sed nugæ ſunt, ut loquitur *Anton. Matth. diſſ. 13. de fund. jur. alit. jac.* quas perſpicuè refellunt *l. ab hoſtibus. 18. Cod. de capt. & poſtlim. reverſ. l. ult. C. quib. ex cauſ. maj. in integr. reſt.* Eâdem nempè actione, quæ uſucapionem reſcindit & annalis olim erat, vindicari quoque & reſtitui res ablata dicitur. Eodem judicio rem peto, ac meam eſſe ajo, quo uſucapionem reſcindo. Unde etiam judicium reſcindens, quod in jure ignotum eſt, ſtultum à *Cujac. lib. 7. obſ. c. 31.* vocatur. Quamvis enim officium ſit Prætoris, antequam actioné amiſſam reſtituat, cognoſcere, utrum uſucapio reſcindenda ſit, nec ne: tamen eam cognitionem non ſententiâ quâdam ſpeciali finit, ſed facto ipſo, dando ſc. actionem, quo ipſo & uſucapioné reſcindit. *§. 3. Inſt. de act. l. ult. C. ex quib. cauſ maj. Sulth. diſſ. 17. aph. 61.* Et ita ſunt intelligendi textus quos Diſſ. pro confirmandâ ſuâ ſententiâ adducunt. Sciendum etiam, actionem reſciſſoriam ideò appellari, non quod ſit ex reſciſſione uſucapionis, ſed quia per eam reſcinditur uſucapio jure perfecta, ut videre licet ex *fin. l. in bonorariis. 35. ff. de O. & A.*

XXV. JURAMENTUM dividitur à Nonnullis in Forme & Informe. Ita ut Forme ſit, quandò cùm causâ adjunctâ vel cum expreſſione cõtractus juratur, ut quod centum mihi debeantur ex causâ mutui. Informe verò,

quando juratur nulla cauſa ſeu nomine contractus expreſſo; ut quod centum mihi debentur. Verum rectè ſcribit *Oldendorpius in claſſ. 1. act. 9.* hujusmodi juramentum, quod nullam omninò adjectam habet cauſam, à probo judice non eſſe admittendum: Niſi jurans referat ſe ad acta judiciaria: ex quibus debiti cauſa ſatis appareat. Et quid eſt quod non petatur ex cauſa? Omne ergò juramentum erit formel, ſaltem ex cauſa petitionis ſubintellecta. Erroris autem cauſa hæc fuiſſe videtur, quod phraſin hanc (ſtichum mihi dare oportere) non perceperunt. Nam JCti non hoc volunt, quaſi tam nuda jurandi formula verborum ſufficiat; Sed quod totam actionem in perſonam cum ſua cauſa tali compendio loquendi ſignificare ſolent; perinde enim eſt ac ſi dicerent (ſi quis actione perſonali juraverit) videlicet ſecundùm legitimam formam adjectâ causâ, ex quâ juretur.

XXVI. Juramentum Æstimatorium ſeu in litem *Beuſt. ad rubr. ff. de jurejur. n. 142. & Plot de in litem jur. §. 52. n. 3.* dividunt in Affectionis, Veritatis & Singularis intereſſe juramentum. Sed haud benè. Nam juramentum ſingularis intereſſe diſtincta ſpecies non eſt, ſed unum & idem, cum juramento Affectionis, propter eà, quod cùm ratio habetur ejus quod intereſt, neceſſum ſit, ut vel utilitas, quæ verè abeſt, ſpectetur, quod fit in juramento veritatis; vel quam quis pro arbitrio ſibi fingere poteſt, atque ſic cum affectionis juramento coincidat. *Add. Borch. ad tit. de in lit. jur. cap. 2. n. 11.* Nec quicquam facit pro hac tertia juramenti in litem ſpecie *l. 3. ff. d. tit.* quia in illa agitur de eo, quod intereſt, nūmos ſuâ die redditos fuiſſe, itē ratio in illâ habetur ejus, quanti deponens æſtimaverit, fidem ſervari à ſe potuiſſe. Et ſic ut mihi videtur

detur, hæc *l.3.* eſt de juramento affectionis intelligenda.
Quamvis alii illam ad juramentum veritatis referant.

XXVII. JURISDICTIO à *Coraſ. ad Rubr. ff. de juriſd. n. 3. & 9. Govean. in l. 3. ff. eod. tit. Coſtal. ad l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. eſt juriſd.* Diſpeſcitur in Generalem & Specialem. Ita ut Generalis ſit ea quæ ſub ſe Merum & Mixtum Imperium, tanquam ſpecies comprehendit. Specialis verò, quæ ſub generali continetur. Aſt minus rectè. 1. Quia indè dicitur Imperium merum, quod purum ſit, & à jurisdictione omni ſeparatum. *Duar. 1. diſp. 53. Don. 17. comm. jur. civ. c. 8.* 2. Quia univerſa jurisdictio mandari poteſt *l. ſolet. 16. & ſeq. ff. de juriſdict.* Merum verò Imperiũ nequit, *l. 1. in pr. ff. de offic. ejus cui mand. eſt juriſd.* Quod autem de genere prædicatur illud etiam de ſpecie prædicetur neceſſe eſt. 3. Quia maximam ac pleniſſimã jurisdictionem habebant conſules: Eorum tamen de nullo crimine olim injuſſu populi cognitio extra ordinẽ dabatur *l. 2. §. 23. ff. de O. J.* Ac licet poſteà tributum Prætori, præfecto Urbi & Præſidibus *l. 1. ff. de offic. præſid. l. 6. in pr. ff. de offic. proc. l. 1. §. 1. ff. de pœn.* non tamen propter jurisdictionem, nec jure magiſtratus, ut expreſsè *d. l. 1. in pr.* oſtendit, ſed quia perſonæ hæ, veluti idoneæ, ad id electæ: vid. *Cujac. 21. obſ. 30. Hottom. 7. obſ. 16. Obrecht. de juriſd. c. 3. & Henr. à Suerin. repet. lect. c. 6.*

XXVIII. Jus GENTIUM à Dd. communiter, quos ſequitur *Bach. ad Tr. vol. diſputat. 1. theſ. 4. lit. D.* & ejus diſcipulus *Sutholt diſput. 1. aphor. 55. & ſeqq.* dividitur in Primarium & Secundarium. Sed hæc diviſio 1. neq; realis eſt, neque neceſſaria, ut eleganter ſcribit *Clariſſim. Dn. Habn. in obſ. ad Weſenb. tit. 1. de juſt. & jure. n. 14.* Primævum enim, quod vocant intrinſecè naturale & diverſi generis

neris, ſecundarium vero duntaxat jus gentium eſt. Et quemadmodum unitur Jus naturale in uno authore, ſive legislatore, & in uno modo; ita & gentium Jus non niſi unicum eſt, & ratione hominum, qui ejus cauſa & autores, & ratione modi ſeu poſitionis ex qua vim ſuam habet 2. In nullo juris textu eſt fundata. Erubeſcimus autem loqui ſine lege *Nov. 18. cap. 5.* 3. Quia ſpecies non diſtinguuntur tempore, ſed differentiis & cauſis. *Ariſt. in Categor. & Porphyr. in Iſagog.* Nec obſtat quod jus gentium in multis juris textibus vocetur jus naturale, in aliis verò ab iis diſtinguatur. Inde enim non efficitur duas dari ſpecies juris gentium. Sed ſumitur in illis interdum generaliter ſeu latè, interdum verò ſtrictè, uti eleganter docet *Magnif. Dn. Ordinarius D. Ungep. Exerc. 2. q 2 in nego.* ubi etiam *ad l. 1. ff. de acquir. rer. dom. reſpondet.*

XXIX. Jus Naturale Dd. faciunt duplex: Primævum quod cum beſtiis homini eſt commune; & Secundarium, quod hominis eſt proprium, & ex mera ratione naturali oritur. Non rectè. 1. Quia ſpecies non diſtinguuntur tempore, ſed differentiis & cauſis, ut jam diximus. 2. Quia illorum Dd. Jus Naturale primævum à natura; Secundarium non à natura ſed à ratione naturali venit; quæ cauſæ cùm toto cœlo inter differant, non poſſunt inde duæ ſpecies differentes & contrariæ effici. Vid. *Zœſius in comm. ad π. tit. de juſt. & jur. n. 33.*

XXX. Litis Contestatio à Pragmaticis quos ſequitur *Gœdd. ad l. 36. ff. de V. S.* dividitur in Affirmativam & Negativam: Et hæc in generalem ſive implicatam, & ſpecialem ſive explicatam. Verum hanc diviſionẽ comparo cum *Anton. Matth. in diſp. 13. th. 100. de fund. jur. alit. jam* rubro atramento, & rotabulo ligneo. Nam 1. Nulla poteſt

poteſt eſſe affirmativa quoad Reum. Semper enim rei contradictio aut negatio à parte ejus requiritur, ut videre eſt ex l. rem non novam. *14. §. 1. C. de judic. l. 1. C. de juram. propter calumn. dand.* 2. Qui fatetur debitum non cogitur ſuſcipere judicium *l. ſi reus. 73. ff. de procur.* 3. Quia inter partes conſentientes lis eſſe non poteſt, nec ejus conteſtatio. Repugnat enim naturæ litis utriusque partis conſenſus. Nec obſtant ea, quæ Gœdd. Collegæ ſuo *D. Nicolao Vigelio p.m. proavo meo materno* oppoſuit; quorũ primum eſt: Aut purè olim reus negabat actionem, & purum dabatur judicium: Aut cum diſtinctione fatebatur & affirmabat litem ſive actionem ſibi motam, & judicium dabatur conditionale ſive cum exceptione. De utroque judicio dato lis conteſtabatur. Erat igitur olim litis h. e. actionis conteſtatio alia negativa, alia affirmativa, & cùm nihil præter ſolennitatem hac in re hodiè mutatum ſit, conſequens manet, idem adhuc revera ſic ſe habere. Reſp. enim, Eo ipſo dum conditionaliter ſive cum exceptione reus affirmavit intentionem actoris excipiendo omninò negavit. V. gr. Peto à te centum mutuo data, tu quidem affirmas centum tibi mutuo data eſſe, aſt exceptionem hanc addis; me tibi pactum de non petendo feciſſe *l. tale pactum. ff. de pact.* atque ita in effectu nihil aliud quàm intentionem meam negas *arg. l. 40. ff. de cond. ind. l. 112. ff. de R. J. l. ſiquidem. 9. Cod. de except.* Deinde opponit *Gœdd. l. ſi reus 73. ff. de procur.* Verum hæc l. potius pro noſtrâ facit ſententiâ: Quamvis enim reus, ſi pecuniam, quam ſe debere confeſſus eſt, deponere nolit, ex mente d. l. litem ſuſcipere cogatur, id tamen non ita intelligendum eſt, quaſi litem conteſtari cogatur. (Ad quid enim litis conteſtatione in eo opus, qui litem

ſatetur?) Sed ut judex Reo ſolutionis neceſſitatem ex ſua confeſſione imponat. 3. Urget *Gœdd. l. cum & judicis. 2. C. de jurejur. propt. calumn. dand. & l unic. C. de lit. cont.* in quibus LL. litis conteſtatio ſimpliciter ex narratione & reſponſione oriri dicitur. Quod ſi autem illa nunquam fieret litis conteſtatio, niſi per negativam reſponſionem, non tam generaliter narrationis & reſponſionis mentio fieret. Sed Reſp. id de tali reſponſione intelligendum eſſe, quæ materiæ propoſitæ conveniat; Ea autem eſt negativa *d. l. rem non novam. 14. §. patroni. C. de judic.* Lex enim ex lege eſt interpretanda & ſupplenda. 4. Objicit *l. ſi convenerit. 26. ff. de jud. & l. tale pactum. 40. ff. de pact.* Sed reſolutio deſumi poteſt ex dd. LL. intellectu recto. V. gr. Debes mihi fundum, & conſequenter fructus ejusdem *l. fructus. 44. ff. de R. V.* Si autem inter te & me conveniat, ut ſaltem de fundo & non fructibus judex cognoſcat, non abs re erit, judicem ſaltem de fundo & non fructibus ſententiam ferre, ſiquidem de illo & nō fructibus contentio eſt, nec tamen ex eo ſequitur, inter conſentientes eſſe litem. Denique adducit *Gœdd. l. Titiæ. 3, §. 1. ff. de aur. arg. leg.* ex qua vult elicere litem affirmativè eſſe conteſtatam. Verum lege rectè inſpectâ contrarium ex illâ apparet. Talis enim in illâ lege eſt caſus: Titia petit in judicio ab heredibus Sempronii quinque pondo auri, quæ Sempronius ipſi legavit. Heredes negant ſe debere quinque auri pondo, ſed pretium auri, quanti comparari poteſt, præſtare volunt: Et ita litem negativè conteſtantur. Poſtea judex pronunciat, heredes vi legati materiam auri præſtare oportere.

II. Dividitur litis conteſtatio *ab Obrechto in tr. de lit. conteſt. cap. 2. n. 5. cum ſeqq.* in Conjecturalem & Juridicialem

cialem. Quæ tamen diviſio ſolidum fundamentum habere non videtur. Siquidem præſupponit ſuper jure propriè & abſolutè litem conteſtari poſſe; quod tamen verum eſſe non puto. Omnis enim litis conteſtatio ſupponit rem cõtroverſam *l. unic. C de lit.conteſt.l.14.§.1.C.de jud.* Jus autem ſemper certum eſt, non controverſum, dubium ſeu incertum *l. 2.ff. de jur. & fact. ignor. Cujac. 5.obſ.c.pen.* Deinde ordo judiciarius non requiritur, ubi de jure litigatur, ut loquitur *Innoc. ad c. cum inter. n. ult. x. de conſuet.*

XXXI. MATRIMONIUM dividunt nonnulli, quos ſequitur *Bach in not. ad ϖ. Weſ. tit.de rit. nupt.* In verum, quod ſecundùm LL. expreſſo contrahentium conſenſu contractum eſt, ac probationibus veris oſtendi poteſt; Et præſumtum, quod tacito contrahentium conſenſu & præſumtionibus inducitur. Verùm rectius ſtatuitur cum *Clariſſ. Dn. Hahn. in obſ. ad Weſ. d. loc.* jure civili nullum eſſe matrimonium præſumtum; quod aliud ſit maritalis affectio, aliud diuturna cohabitatio, quæ eodem jure degenerat in concubinatum. Unde & mulier aſſerens ejusmodi cohabitationem probare tenetur ſe acceptam eſſe à vero animo habendi pro uxore. *Nov. 74. c. 5.* Facit etiam pro noſtra, & non Bach. ſententia *l. 13 Cod. de R N.* ubi expreſsè dicitur, quod matrimonium probari, non præſumi debeat. Nec contrariatur *l. 9. C. d. l.* agit enim de veris nuptiis.

XXXII. MUTUUM 1. diſpeſcunt Dd. commu. in Naturale, ubi quis ſuo nomine ſuam pecuniam numeravit. Civileq́, ubi quis ſpe numerandæ pecuniæ confeſſus eſt, ſe pecuniam accepiſſe. Et Mixtum. Quod iterum duplex faciunt 1. Naturale cui operatur jus civile; Ut

cum ab alio meo nomine pecunia numeratur. 2. Civile, cui jus naturale non cooperatur; ubi quis pecuniam vel acceptam, vel mox numerandam ſtipulanti ſe redditurã promiſit. Verum non rectè. Tum quia omne mutuum in numeratione & traditione cõſiſtit, tum quod interveniente ſtipulatione novatio fiat *l. 6. §. 1. l. 7. ff. de novat.* II. *Bacbovius ad Tr. vol. 1. diſput. 20. lit. B & in not. ad Weſ. n. tit. de reb. cred. num. 9.* dividit Mutuum in Verum & Præſumptum. Ita ut hoc ſit contractus chyrographarius ſeu literarum obligatio. Verùm & hîc bonus dormitat Homerus. 1. Quia mutuum non eſt, ubi pecunia nõ numeratur *pr. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* Atqui in hoc contractu pecunia non numeratur, ſed literis tantum ſcribitur factum id eſſe *pr. Inſt. de liter. obl.* ibi: Scripturã obligetur. Ergo 2. Quia literarum obligatio illis contractibus qui re ineuntur, opponitur, & ſpecie contradiſtinguitur. Quod fieri non poſſet, ſi literarum obligatio eſſet ſpecies mutui. Nec facit pro Bach. 1. quod literæ non ſint fundamentum obligationis, ſed faciant tantum probationem. Reſp. enim, hoc quidem regulariter verum eſſe, ſed fallere hîc, ubi chyrographum non ſolùm probat, ſed & cauſa eſt obligationis, perinde ut verba in ſtipulatione *d. tit. Inſt. de lit. obl.* 2. urget *Bach. l. 5. C. de non num. pec.* ubi dicitur exceptionem non numeratæ pecuniæ ibi locum habere, ubi quaſi credita pecunia petitur. Sed hoc nihil ad rhombum. Nam aliud eſt quaſi credita pecunia, aliud pecunia credita. Hæc nulla eſt, niſi quæ revera tradita fuit *l. 2. §. 2. ff. de rebus cred.* Illa ſic vocatur per metaphoram ſaltem, ſeu ut Grotius loquitur *in flor. ſparſ. hic* per translationem, quæ eſt à mutuo ad ſcripturam. Aliud autem ſunt literæ, aliud

pecu-

pecunia, ſine qua mutuum eſſe nequit. Tandem regerit Bach. quod reus opponat non contra ſcripturam, ſed contra pecuniam non numeratam. Ergò nec actor poterit ſe fundare in ſcriptura, ſed in mutuo. Verùm rectè reſp. *Clariſſ. Dn. Habn. in obſ. ad* ϖ. *Weſ. d. tit. de reb. credit. num. 9.* diſtinguendo inter tempus proponendæ exceptionis contra chyrographum & actionem ipſam ex chyrographo. Hæc eſt nominata actio chyrographaria dicta, quæ oritur nõ ex mutuo, ſed ex literis, & ſi ſtatim proponitur, habet hoc onus annexum, quod actor teneatur probare numeratam eſſe pecuniam. Et exinde tamen negotium quod ſubeſt non poteſt dici mutuum. Quod ſi agatur ex chyrographo poſt biennium, manifeſtiſſimè conſtat cauſam ejus nullam eſſe aliam, quàm literas, quoniam tum exceptio non admittitur *l. 8. C. de non num. pec.* & quidem propterea, quod ab initio eo fine cautio ſcripta fuerit, ut ſcribens exinde obligaretur.

XXXIII. NOVATIONEM nonnulli, inter quos etiam eſt *Zæſius in com. ad* ϖ. *tit. de novat. n. 3.* dividunt in Delegationem & Novationem in ſpecie ſic dictam. Ita ut illam fieri dicant, quando perſona; hanc verò quando res mutatur. Sed minus rectè. Nam 1. etiam Novatio in ſpecie dici poteſt, quando perſona mutatur. Equidem ſi Titius Seij creditor, & idem Sempronii debitor jubeat Sejum, quod ſibi debet, promittere Sempronio, eo ipſo proculdubio delegatio facta erit. Sed etſi Sejus ſine mandato Titii promiſerit Sempronio, ratihabitione demum ſecutâ fit novatio; quia non poteſt Sejus ſuo facto ſeſe eximere ab obligatione Titii *l. ſi quis. 22. ff. de novat.* 2. Inter eaſdem perſonas poteſt quoq; fieri novatio manente eodem debito, modò in alio quocunq; mutatio

fiat, ut apparet ex *l. quoties. 14. in pr. & §. 1. ff. d. tit. § præterea. 3. Inſtit. quib. mod. toll. obl. l. ſi Stichum 8 in pr. ff. de novat. vid. Bach. ad Tr. vol. 2. diſput. 29. th. 5. lit. B.* II. Novationem in ſpecie ſic dictam dividunt rurſus in Voluntariam, quæ fit per ſtipulationem; & Neceſſariam, quæ fit per litis conteſtationem propter *l. aliam cauſam. 29 ff. d. tit.* Verum itidem non rectè. Cùm novatio nomen habeat à novando, quod præcedente actione ſublata, nova inducatur: Litis autem conteſtatione non tantum nulla nova inducitur, ſed nec aliqua tollitur: Integrum enim eſt actori commodum veteris actionis poſt litis conteſtationem, cùm ſine actione non agat, & ſic ut ea maneat neceſſe ſit. Et certè inter modos tollendi obligationem litis cõteſtationem nusquam referre videmus. Nec quicquam pro Dd. diſſ. opinione facit. *d. l. aliam cauſam. 29.* Illa enim lex non vult novationem induci ſolà conteſtatione, ſed demum per ſententiam ſubſecutam, quæ actionem ponit. *vid. Don. libr. 26. com. jur. civ. c. 29. circa fin.* Non obſtat quoque quod vulgò jactatur, in judicio quaſi contrahi. Quia illud non habet hunc ſenſum, ut ex eo quaſi contractu nova detur actio, ſed demum ex judicato, juxta *l. licet. 3. §. idem. 11. ff. de pecul.* ubi hæc expreſſa leguntur verba: Idem (ſc. Papinianus) ſcribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri: Quod & Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; Nam ſicut in ſtipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: proinde non originem judicii ſpectandam ſed ipſam judicati velut obligationem. Imò non tam ſententia ipſa, quàm actio ex ea orta novat obligationem & actionem præcedentem. *l. fin. C. de uſur. rei judic.*

OBLI-

XXXIV. Obligationem diſpeſcunt Dd. 1. in Naturalem, quæ eſt vinculum æquitatis, quo voluntas volens adſtringitur, trahiturq; ad faciendum, ſeu ſolvendum id quod promiſſum, aut (ut rectè adjicit hæc verba *Nob. Dn. Tabor. p. 3. ſect. 3. th. 18. in ἐκθέσ.*) præſtari æquum eſt. Civilem, quæ eſt vinculum ſolius juris civilis, quo quis ita adſtringitur, ut competat in eum quidem actio, ſed inefficax. Hanc ſubdividunt in Nudam, quæ non eſt conjuncta naturali obligationi; Et Mixtam, quæ eſt vinculum æquitatis & juris civilis, quo quis ita adſtringitur, ut actio efficax in eum detur, ſeu quæ & actionem parit & exceptionem. Quæ ſubdiviſio quamvis ab omnibus ferè approbatur, tamen *à Schegkio in aelib. jur. diſp. 15. th. 5 quem ſequitur Magnif. Dn. Ordinarius D. Ungep. Exer. 10. q. 2* in Nego, non improbabiliter rejicitur. 1. Quia nullum datur jus mixtum. Ergo nec mixta obligatio. Ratio conſeq. eſt, quoniam obligatio eſt juris vinculum, & quale jus, talis obligatio. 2. Quod ſi daretur civilis ſola omnes leges facientes mentionem ſolius obligationis civilis & naturalis eſſent judicandæ imperfectæ, ut tantum ponentes bimembrem diviſionem, cùm foret ponenda trimembris. Et notabile eſt, quod Leges diſtinguentes inter obligationem naturalem & civilem huic addant particulam tantùm, non etiam illi; quod ſignum ſanè eſt illam ſolam & nudam non dari. Ac 3. Quamvis obligationi civili nonnunquam inſit naturale quoddam vinculum, ita ut poſſit dici tanquam totum quiddam ex duab. partibus conſtans; tamen quia in concurſu utriusq; vinculi civilis & naturalis, civile vinculum eſt potius, ideò ab eo ut potiore dicitur obligatio civilis. Sic ergò ſtatuimus: Civilem obligationem eſſe quandam qualitatem

natu-

naturali tanquam ſubjecto inhærentem ſine qua ſubſiſtere non poteſt: Et ſic non debet mirum videri, ſi naturalis ſola detur, uti ſubjectum non qualificatum per civilem non etiã ſola & nuda civilis ſine naturali, cùm quantitas ſine ſubjecto non ſubſiſtat. Illam nimirum Naturalem ſubdividit *Sutholt. diſſ. 12. aph. 14.* in Pleniorem & Minus plenam. Pleniorem vocat eam, ex qua jure naturali naſcitur actio, ſeu quæ jure gentium efficax eſt ad petendum & agendum, jure civili verò licet non actionem, alios tamen effectus, eosque maximè inſignes, producit. Minus plenam, autem putat eſſe eam, quę pudori cujusq; relinquit, utrum quod debet, præſtare velit, nec ne, adeoq; nec jure naturæ actionem, nec jure civili affectus producit, ſed in nudis terminis honeſtatis & æquitatis conſiſtit. Et hûc refert obligationem ad αὐτίδωρα, obligationem, qua heres legatis oneratus, tenetur præſtare integra legata, citra detractionem Falcidiæ; item eam, quæ ex ſola voluntate teſtatoris, teſtamento minus ſolenni ſeu imperfecto expreſſa oritur. Sed hæc natura obligationis ſubdiviſio ſi penitius conſideratur, ſubſiſtere nequit. Certum enim eſt, de jure naturali ſicut nullum fuit conſtitutum judicium, ita & nullam ex eodem potuiſſe produci actionem. De jure ſiquidem naturali nulli Subditi, nulli Magiſtratus, nullus ſuperior, nullus inferior, ſed omnes homines æquales ſunt *l. quod attinet. 32. ff. de R. J.* Ubi verò ceſſat perſonarum inæqualitas, ubi deeſt judiciũ, quod tribus maximè perſonis conſtat, Judice nimirum, Actore & Reo, ibi ceſſat ac deficit coactionis medium, quod eſt actio. Nulla igitur obligatio naturalis de jure naturali & abſolutè conſiderata, ſive ex conventione ſive aliunde oriatur, alterâ plenior. Rectius autem obligatio naturalis ſubdividitur ab *acutiſſim. JCto Dn. Tabore* in Abſolutam & Relatam ad Jus Gen. & Civile. *ſect. 3. p. 3. th. 12.* ubi etiam Graſeccium *in com. ad tit. de oblig. p. 3.* qui Naturalem obligationem abſolutam ſeu in ſpecie ſic dictam non agnoſcit, refutat.

COROLLARIA.

1.

QUod Capolla & Ludovicus Romanus, teſte Speculatore, tradunt: Advocatum ſuſpendendum eſſe laqueo, qui in cauſa tutelari patiatur intra triennium litem conteſtari, ſatis impium eſſe duco.

2.

Virgo poteſt habere dotem & actionem de dote.

3.

Librum ex aliis Authoribus colligens dominus libri efficitur.

4.

Quare Duar. ad l. 4. d. leg. 1. *ſcribat, valere legatum libertatis aſino relictum; rationem non video.*

5.

Jus paſcendi oves qui habet in agro alieno. non poteſt paſcua locare bubulcis Polonicis ad boves paſcendos.

6.

Jure Principis tutelam ſuſcipit tutor in teſtamento datus, licet ex nobili ſtemmate natus haud ſit.

Aſtrææ

ASträæ doctæ dum ſcandis, Amice, cathedram,
Ut rectè fiat noſtri diviſio Juris,
Me duce demonſtras, jam tùm deſpondet honores
Alma Themis, tribuetq; Tibi mox digna brabeia.

PRÆSES.

PUgnanti fortuna favet. Vexilla Minervæ
inſequere ulterius. Certa trophæa manent.

Gratulationis ergò Amiciſſimo Dn. Commenſali currente calamo app.

M. Andreas Chriſtoph. Schubartus
Hallenſis Saxo.

ANte dabas Sophiæs ſtudiis tua tempora felix,
Dum ſapientis eras portio cara chori:
Nunc cathedræ de ponte probas, plaudente coronâ:
Quàm legum arcanis fervida corda geras.
Tendit ad aſtra animus ſemper, teq; ordine juſtò
Ducis ad Eunomiæ per juga magna domum.
Perge! Themis dignos propiùs jam ſpondet honores,
Qualia Conſulti ferre brabêa ſolent.

Hiſce

Pereximio atq; doctiſſimo Dn. Reſpondenti, Amico atq; Contubernali ſuo pl. honorando gratific. vol.

Nicolaus Kieſewetter/
LL. Stud.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE